DIE EIGENTÜMERHYPOTHEK VOR ÜBERGABE DES BRIEFES.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT

HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

AM FREITAG, DEN 10. JULI 1908, VORMITTAGS 11 1/2 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

R. SCHNEIDER

REFERENDAR

AUS HALLE A. S.

OPPONENTEN:

HERR REFERENDAR **DR. SEYDEL** IN HALLE.

HERR REFERENDAR **LOTZE** IN HALLE.

HALLE a. S.

HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & Co.

1908.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544709_0124

Meinen lieben Eltern!

Litteratur.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preussischen Ausführungsbestimmungen mit Kommentar und systematischer Übersicht über das materielle Grundbuchrecht, Teil I, das Reichsrecht 1901.

Ahsbahs, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 B. G. B. in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 2. Folge, Bd. XIV, S. 373 ff.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Biermann, Das Sachenrecht des B. G. B., 2. Aufl. 1903.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. Jena 1903.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. III, Sachenrecht, 4. Aufl. 1908.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs; herausgegeben von R. Leonhard, 1. u. 2. Aufl., Bd. II. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Fischer-Heule, B. G. B., 6. Aufl. 1904.

Fuchs, Grundbuchrecht, Kommentar, Bd. I. 1902.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht. 1905.

Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek, im Arch. für Bürgerl. Recht, Bd. XX, S. 23 ff.

Güthe, Grundbuchordnung, Bd. I. Berlin 1905.

Hachenburg, Vorträge. Mannheim 1900.

H. Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek im Arch. für Bürgerl. Recht, Bd. XXV, S. 222 ff.

R. Horn, Die Eigentümerhypothek in Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Rud. Leonhard. Breslau 1906.

Jäckel, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 2. Aufl. Berlin 1904.

v. Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. München 1892.

Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, in der Festgabe für Koch. Berlin 1903.

— Besprechung von Horn, Eigentümerhypothek, im Sächs. Archiv für Rechtspflege, 1907, Nr. 5, S. 117 ff.

Klamroth, Die Pfändung der Eigentümerhypothek, Rostocker Dissertation. 1906.

Kretschmar, Sachenrecht. Leipzig 1906.

Martinius, Über die Aushändigung des Hypothekenbriefs etc., in Gruchot's Beiträgen, Bd. 44, S. 382 ff.

Neumann, Handausgabe des B. G. B. für das Deutsche Reich, 4. Aufl. Berlin 1905.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. Berlin 1904.

— Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 47, S. 306 ff.

— Die Pfändung der Eigentümerhypothek, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 50, S. 551 ff.

Planck, B. G. B., Sachenrecht, 3. Aufl. 1906.

Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle zum Entwurfe des B. G. B. (2. Lesung) Bd. III, Sachenrecht. 1899.

Struckmann-Koch, Zivilprozessordnung, 8. Aufl. Berlin 1901.

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. Paderborn 1906.

Willenbücher, Reichsgrundbuchordnung, Ausgabe für das Reich, 3. Aufl. 1905.

Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, in Ihering's Jahrbüchern, Bd. X, 1869.

— Entscheidungen des Reichsgerichts, Kammergerichts, der Oberlandesgerichte.

— Einige Aufsätze aus der Deutschen Juristen-Zeitung und Neumann,s Juristischer Wochenschrift.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil.

§ 1. Einführung 9

Zweiter Teil.

Der Inhalt der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes 13

§ 2. Die Rechtsposition des Eigentümers 13

§ 3. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem eingetragenen Gläubiger und dem Eigentümer 23

Dritter Teil.

Die Konstruktion der Eigentümerhypothek . . . 34

§ 4. Die Ansichten:

a) Planck's, Gierke's, des Kammergericht's, Dernburg's, des Preuss. Obertribunal's, Horn's . 34

b) Oberneck's und Bruck's 41

§ 5. Die Ansichten Ihering's, Hirsch's und die eigene 43

§ 1. Einführung.

Nach jetzt geltendem Rechte entsteht eine Eigentümerhypothek[1]) in folgenden Fällen:

1. Wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs. I S. 1 B. G. B).

2. Wenn die Forderung erlischt (§ 1163 Abs. I S. 2); Ausnahmen hiervon gelten in den Fällen des § 1164 und § 1181.

3. Im Falle der Briefhypothek, solange der Brief nicht an den Gläubiger übergeben ist (§ 1163 Abs. II).

4. Wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168); den Verzicht kann der Eigentümer vom Gläubiger verlangen, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird (§ 1169).

5. Wenn der unbekannte Gläubiger im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen wird (§§ 1170, 1171).

6. Wenn der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer die Forderung erwirbt, sei es durch Abtretung, durch Erbgang, durch Überweisung im Wege

---

1) Nach dem preussischen Rechte (Gesetz über den Eig.-Erw. §§ 63 bis 67) entstand eine Eigentümerhypothek oder eine Eigentümergrundschuld, wenn das belastete Grundstück von dem Gläubiger erworben wurde, wenn der Eigentümer das Recht des Gläubigers durch Abtretung oder Erbgang erwarb und wenn der Gläubiger durch Zahlung oder auf andere Weise von dem Eigentümer befriedigt wurde; ausserdem konnte die Grundschuld von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden. (Ges. über den Eig.-Erw. § 27.)

der Zwangsvollstreckung, sei es gemäss § 1143 durch Befriedigung des Gläubigers (§ 1153).[1]) In diesen Fällen gründet sich der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer nicht auf eine spezielle Vorschrift des Hypothekenrechts, sondern auf die allgemeine des § 889, welcher bestimmt, dass ein Recht an einem fremden Grundstück nicht durch Konfusion erlischt.

7. Endlich geht eine Zwangshypothek auf den Eigentümer über, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung die Entscheidung, auf Grund deren die Zwangshypothek eingetragen ist, aufgehoben ist u. s. w. (Z. P. O. § 868).

Dasselbe gilt gemäss § 932 Z. P. O. Abs. II von der Arresthypothek.

Diese gesetzlichen Bestimmungen finden auf die Verkehrshypothek (§ 1113ff.) wie auf die Sicherungshypothek Anwendung; auch die Höchstbetraghypothek ist nach weitverbreiteter Meinung hiervon nicht ausgenommen. Die Gesamthypothek zeigt einige Besonderheiten; eine Ausnahme macht auch die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind (§ 1178 B. G. B.).

Gemäss dem Grundsatze des § 1192[2]) sind die unter Nr. 3, 4 und 5 angeführten Bestimmungen auf die Grundschuld anwendbar, dagegen die unter Nr. 1, 2 und 6 nicht; unanwendbar ist auch die unter Nr. 7 angegebene Gesetzesvorschrift.

Schliesslich kann eine Grundschuld gemäss § 1196 auch für den Eigentümer bestellt werden.

Diese erhebliche Vermehrung der Anwendungsfälle der Eigentümer-Hypotkek bezw. Grundschuld gegenüber dem

---

1) § 1153: Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.

2) § 1192 B. G. B.: Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein Anderes ergibt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

preussischen Rechte ist, wie die Protokolle II Bd. 3, S. 599 bis 601 uns belehren, auf Grund der Erwägung erfolgt, dass „der Darleiher nicht mehr erwarte und erwarten könne, als eine Hypothek mit dem Range der zur Zeit der Beleihung freien Stelle zu erhalten, und sich für die mindere Sicherheit andere Vorteile auszubedingen pflege; die nachstehenden Hypothekengläubiger würden daher einen unverdienten, beim Abschlusse des Geschäfts nicht mit in Betracht gezogenen Vorteil erlangen, wenn beim Wegfall einer Hypothek die nachstehenden Hypotheken ohne weiteres aufrücken würden".[1])

Mit dieser Überlegung muss man also an das Institut der Eigentümerhypothek herantreten, wenn man die innere Berechtigung ihrer einzelnen Anwendungsfälle verstehen will.

Die aufgeführten Gesetzesbestimmungen, nach welchen eine Eigentümerhypothek entsteht, unterscheiden sich rein äusserlich insofern, als in den unter N. 2, 4, 5, 6, 7 angegebenen der Eigentümer die bisher dem Gläubiger zustehende Hypothek „erwirbt", sie auf ihn „übergeht", dass hier also die Hypothek des Gläubigers das Primäre ist, während in den Fällen 1 und 3, also wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist und im Falle der Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger das auch hier als Hypothek bezeichnete Recht von vornherein dem Eigentümer zusteht und erst bei Wegfall der Voraussetzungen vom Gläubiger erworben wird.

Hat die Eigentümerhypothek in den beiden letztgenannten Fällen einen anderen Inhalt wie in den ersteren?

Diese Frage kann nicht ohne weiteres beantwortet werden. Es ist aber in der Literatur die Ansicht aufgetaucht, dass der Eigentümer nicht in allen Fällen, wo ihm nach dem Gesetz die Hypothek zusteht, die gleichen Befugnisse habe.

---

1) Rechnet der Gläubiger ausnahmsweise auf den Wegfall der vorhergehenden Post, so muss er die Eintragung einer Vormerkung auf Grund des § 1179 erwirken (vgl. Planck, Sachenrecht, Vorbem. zu § 1113, S. 512).

Auch von der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes ist behauptet worden, dass sie einen anderen Inhalt habe als die sonstigen Eigentümerhypotheken.[1]) Es soll daher dieser Fall der Eigentümerhypothek zum Gegenstande der Untersuchung gemacht werden; es soll versucht werden, die Rechtsposition des Eigentümers vor der Übergabe des Briefes, sodann die Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem eingetragenen Gläubiger darzulegen. Darauf wird zur Konstruktion der Eigentümerhypothek überhaupt übergegangen werden und zwar zuerst die bisherigen Ansichten über die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek erörtert, darauf von dem speziellen Fall der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes ausgehend die Aufstellung eines allgemeinen Begriffes dieses Rechtsinstituts versucht werden.

1) Vgl. H. Hirsch, Archiv f. Bürgerl. Recht Bd. 25 S. 222 ff. Hirsch hat auch die Eigentümerhypothek, welche aus einer Höchstbetraghypothek, soweit Forderungen aus dem zusichernden Rechtsverhältnisse jeweils nicht entstanden sind, hervorgeht und überhaupt jede Hypothek für künftige Forderung als eine besonders geartete Eigentümerhypothek, nämlich ohne „Surrogationsbefugnis“ und durch eine Anwartschaft des Gläubigers verstrickt, angesehen (vgl. S. 238 ff., 248 ff.).

Zweiter Teil.

Der Inhalt der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes.

§ 2. Die Rechtsposition des Eigentümers.

Die gesetzliche Bestimmung, von der auszugehen ist, enthält § 1163 Abs. II B. G. B.:

Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu. Hiermit steht die Vorschrift des § 1117 in engster Verbindung:

Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Auf die Übergabe finden die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931 Anwendung.[1])

Die Übergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, dass die Übergabe erfolgt sei.

---

1) § 929 Satz 2: Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums. § 930: Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. § 931: Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

Aus dem formellen Grundbuchrechte ist zum besseren Verständnis des Zusammenhanges zwischen den beiden eben angeführten Gesetzesparagraphen noch die Bestimmung des § 60 Abs. I G. B. O. heranzuziehen, wonach der Brief dem Eigentümer des Grundstücks auszuhändigen ist.[1])

Schliesslich muss man sich vergegenwärtigen, dass trotz Aushändigung des Briefes vom Eigentümer an den Gläubiger und trotz der nach § 1117 Abs. II möglichen Vereinbarung der Gläubiger gemäss § 1163 Abs. I S. 1 die Hypothek nicht erwirbt, wenn die Forderung nicht entstanden ist, sondern sie dem Eigentümer zusteht.

Das Grundbuch verlautbart nichts von dem Wechsel des Subjekts der Hypothek, sie ist von Anfang an für den Gläubiger eingetragen.

§ 1117 bildet nun eine Ausnahme von den allgemeinen Entstehungsbestimmungen der Hypothek. Denn gemäss §§ 873, 1113 ist zur Begründung einer Hypothek für einen Gläubiger die Einigung zwischen ihm und dem Eigentümer über die Bestellung der Hypothek, die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch und das Vorhandensein einer Forderung nötig. Wenn die Briefhypothek sich hiervon insofern unterscheidet, als zu ihrem Erwerb durch den Gläubiger noch die Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers oder die Ersatzmittel der Übergabe erforderlich sind, so hängt dies mit dem Zwecke des Briefes zusammen.

Er hat nämlich den allgemeinen Zweck, die Verkehrsfähigkeit des verbrieften Rechtes zu erhöhen; dieser wird dadurch erreicht, dass das Recht aus der Hypothek in gewisser Weise mit dem Rechte an dem Papiere verknüpft ist.[2]) Die Bestimmung des § 1117 Abs. I hat ferner den besonderen

---

1) Im Falle einer nachträglichen Erteilung des Briefes ist er dem Gläubiger auszuhändigen, da für diesen die Hypothek bereits entstanden ist (§§ 873, 1116 III, 1117) und ihm nach § 952 II das Eigentum am Briefe zusteht.

2) Vgl. hierfür ausser § 1117 noch §§ 1154, 1155 B. G. B., 830, 857 Z. P. O.

Zweck,[1]) bei der Bestellung der Hypothek für ein Darlehn es zu ermöglichen, dass die Hingabe des Darlehns und der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger Zug um Zug erfolgen, während § 1117 Abs. II den Zweck verfolgt,[2]) die Verzögerung des Erwerbs der Hypothek durch eine Verzögerung der Ausfertigung des Briefes zu vermeiden.

Nachdem so über die gesetzlichen Bestimmungen und ihren Zweck Klarheit geschaffen ist, kann man an die hier gestellte Aufgabe näher herantreten. Mit der Briefübergabe erwirbt der Gläubiger die Hypothek, d. h. es entsteht für ihn eine Belastung des Grundstücks in der Weise, dass an ihn eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1113). Dass dies Recht bis zur Briefübergabe dem Eigentümer zustehen soll, erscheint mit Rücksicht auf den eben erörterten Zweck des § 1117 Abs. I und die S. 11 wiedergegebene Erwägung als billig, aber als begrifflich unverständlich. Denn wie kann man von einer Belastung des Grundstücks sprechen, solange die Hypothek dem Eigentümer zusteht? Ist an ihn eine bestimmte Geldsumme wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen? Wegen welcher Forderung? Ist das Recht des Eigentümers gemäss § 1177 eine Grundschuld? Kann der Eigentümer überhaupt ein begrenztes Recht an seinem eigenen Grundstücke haben?

Alle diese Fragen türmen sich auf und zeigen bereits hinreichend, dass mit den allgemeinen Begriffen Hypothek, Eigentum, Grundschuld die Erkenntnis der Rechtsbefugnisse des Eigentümers nicht gefördert wird. Vielmehr muss zunächst einmal präzisiert werden, welche Befugnisse denn der Eigentümer im einzelnen durch die Bestellung der Hypothek aus seinem Eigentum für einen Gläubiger ausgesondert hat; erst dann kann man dazu gelangen, zu verstehen, was

1) Vgl. Prot. II, Bd. 3, S. 729; hierauf wird in § 3 näher eingegangen werden.

2) Vgl. Prot. II, 3, S. 729.

das Gesetz mit den Bestimmungen der §§ 1177 und 1197 meint.[1])

Der Eigentümer hat entsprechend dem Begriffe des Eigentums als der umfassendsten Herrschaft einer Person über eine Sache alle nur denkbaren Befugnisse über seine Sache, soweit er nicht gewisse privatrechtliche (vgl. die Eigentumsbeschränkungen) oder öffentlich-rechtliche Beschränkungen zu respektieren hat. Wenn er seine Sache mit einem begrenzten Rechte belastet, so sondert er damit die eine oder die andere Befugnis von seinem Eigentum ab und überträgt sie auf eine andere Person. Damit verpflichtet er sich, diese Befugnis nicht mehr auszuüben und ihre Ausübung von Seiten des anderen zu dulden. Das Eigentum wird hierdurch in seinem Bestande nicht zerstört; denn es besteht nicht nur aus der Summe der Einzelbefugnisse, sondern diese sind in dem Eigentum zu einer rechtlichen Einheit verbunden.

Wenn der Eigentümer eines Grundstücks eine Hypothek bestellt, so sondert er hierin für den Dritten die Befugnis ab, sich aus dem Grundstücke zu befriedigen für den Fall, dass eine persönliche Schuld gegen den Gläubiger nicht rechtzeitig erfüllt wird.[1]) Die Befriedigung erfolgt gemäss

---

1) § 1177: Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen massgebend. Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften. § 1197: Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines Anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

1) Die Ableitung der Befugnisse des Hypothekengläubigers aus dem Eigentum ist zuerst überzeugend von Hirsch, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 25 a. a. O. erbracht.

§ 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung. Diese Vorschrift ist im Interesse der Beteiligten gegeben, damit die Befriedigung ordnungsmässig erfolgt; mit dem Inhalte der Befugnis des Gläubigers hat sie nichts zu tun.[1])

Die Befriedigung selbst geschieht nun so, dass zunächst das Grundstück versilbert oder aus ihm die Nutzungen gezogen werden, kurz ausgedrückt, dass das Grundstück verwertet wird. Die somit für den Gläubiger sich ergebende Befugnis soll im Anschluss an Hirsch und Endemann „Verwertungsbefugnis“[2]) genannt werden.

Die eigentliche Befriedigung erhält der Gläubiger aber erst, wenn er sich von dem durch die Verwertung des Grundstücks erzielten Erlöse einen der Höhe seiner Forderung entsprechenden Teil aneignet, indem er im Verteilungstermin diese Summe liquidiert. Die Befugnis hierzu ist also das zweite in der Hypothek enthaltene Element. Der Eigentümer ist berechtigt, auch sie dem Gläubiger zu übertragen; denn ihm gebührt bei zwangsweiser Veräusserung seiner Sache, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, der Erlös, ein Prinzip, das, wie Hirsch eingehend darlegt, seit alten Zeiten besteht und auch im Zwangsversteigerungsgesetz gilt.

Durch den Zuschlag erlischt nun die Hypothek;[3]) die Liquidationsbefugnis, welche allein übrig bleibt, ergreift daher nicht mehr das Grundstück, sondern das Surrogat der Sachhaftung, d. h. entweder den Erlös (§ 117 Z. V. G.) oder, wenn das Bargebot nicht berichtigt wird, den aus der Barzahlungs-

---

1) Vgl. auch Hirsch, a. a. O. S. 224; auch Planck III, S. 9.

2) Irreführend ist es, wenn Hirsch meint, die Verwertungsbefugnis wäre dem Gläubiger nur bedingt übertragen (Hirsch, a. a. O. 226). Eine Bedingung im eigentlichen Sinne kann nur durch Parteiwillen in den Tatbestand eines Rechtsgeschäftes eingefügt werden. Die Entstehung des Gläubigerrechts ist vielmehr an eine gesetzliche Voraussetzung („zur Sicherung einer Forderung“) gebunden.

3) Es sei denn, dass sie nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben soll.

pflicht des Erstehers sich ergebenden Anspruch auf Erfüllung (§ 118 Z. V. G.).

Diese beiden Befugnisse des Gläubigers, nämlich zur Verwertung des Grundstücks und zur Liquidation eines der Höhe seiner Forderung entsprechenden Teiles des Versteigerungserlöses, von denen die Ausübung der zweiten von der der ersten offensichtlich abhängig ist, entstehen erst, wie bereits erwähnt, sobald ihre Voraussetzung, nämlich nicht ordnungsmässige Erfüllung einer fälligen persönlichen Schuld gegen den Gläubiger, eingetreten ist. Bis dahin ist der Eigentümer noch unumschränkter Herr seines Grundstücks und kann beide Befugnisse beliebig vielen Personen übertragen, die Liquidationsbefugnis jedoch nur insoweit, dass bei der Verteilung des Erlöses das Recht dessen, dem vorher eine Hypothek bestellt ist, nicht beeinträchtigt wird. Daher wird, weil ja nicht alle Hypotheken gleichzeitig aus dem Erlöse liquidieren können, eine bestimmte Reihenfolge der Befriedigung aufgestellt, welche sich nach der Reihenfolge der Eintragungen im Grundbuch richtet. Hierzu dient der Rang.[1]) Durch ihn wird zwischen den Liquidationsbefugnissen der verschiedenen Hypotheken eine eigenartige Beziehung geschaffen, durch ihn erhalten sie eine scharfe Abgrenzung gegeneinander, die nachfolgende kommt erst zum Zuge, wenn die frühere befriedigt ist, und zwar in der Weise, dass jede dennoch den ganzen Erlös, wie die Hypothek auch das ganze Grundstück ergreift, nicht aber so, dass sie auf einen ganz bestimmten Teil des Erlöses fest angewiesen wäre. Durch den im Grundbuche verlautbarten Rang geschieht also eine Beschränkung der Nachhypotheken, bezw. der Liquidationsbefugnisse derselben hinsichtlich der Reihenfolge der Befriedigung aus dem Erlöse. Was die Verwertungsbefugnis betrifft, so ergreift sie zwar ebenfalls das ganze Grundstück,[2]) ist aber in ihrer Geltend-

1) Vgl. § 879 B. G. B.

2) und natürlich auch die mithaftenden Gegenstände.

machung nicht durch dieselbe Befugnis von Nachhypotheken beschränkt.

Wir können also zusammenfassend sagen: Die Befugnisse des Hypothekengläubigers erschöpfen sich in der Befugnis zur Verwertung des Grundstücks und zur Liquidation des Verwertungserlöses in bestimmter Höhe und mit bestimmten Range. Sie werden wirksam, wenn eine fällige Schuld gegen den Gläubiger nicht rechtzeitig erfüllt wird.

Wenn § 1163 Abs. II B. G. B. nun bestimmt, dass bis zur Briefübergabe die Hypothek dem Eigentümer zusteht, so heisst das nichts anderes, als dass die eben erörterten Befugnisse bis zu diesem Zeitpunkte von ihm bereits aus seinem Eigentum ausgesondert sind, aber noch zu seiner Rechtssphäre gehören.

Nun schreibt § 1177 vor: Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen massgebend. Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.

Wenn sich Zweifel erhoben haben, ob der Fall des § 1163 Abs. II auch unter § 1177 Abs. 1 fällt, so ist dem entgegenzuhalten, dass § 1177 schlechthin von einer Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person spricht. Es lässt sich aus ihm nicht folgern, dass er voraussetze, dass die Hypothek erst einer dritten Person zugestanden haben müsse und dann auf den Eigentümer übergegangen sei. Auch in dem Falle, wo die Hypothek zuerst in der Person des Eigentümers entsteht und dann von einem Gläubiger erworben wird, muss man von einer Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer

Person sprechen,[1]) denn die Eigentümerhypothek des § 1163 Abs. II ist ebenso wie alle anderen Eigentümerhypotheken aus der S. 11 wiedergegebenen Erwägung heraus geschaffen. Es ist kein Grund ersichtlich, sie anders als diese zu behandeln. Einer Verwandelung in eine Hypothek zu Gunsten des eingetragenen Gläubigers gemäss § 1198 bedarf es auch nicht, da dieser sie kraft Gesetzes ohne Eintragung als Hypothek erwirbt; das Grundbuch ist mit der Rechtslage nach der Verwandlung ja bereits in Übereinstimmung.

Nicht ist es auch angängig, wie einige Schriftsteller[2]) meinen, hier einen Schwebezustand anzunehmen, während dessen von einer Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum nicht geredet werden könnte, solange nicht endgültig feststehe, ob der Brief übergeben, bezw. die Forderung entstehen wird. U. E. wird von ihnen zu sehr der Nachdruck darauf gelegt, dass die Vereinigung mit dem Eigentum eine endgültige sein müsse. Das ist aus § 1177 nicht zu entnehmen.

Wenn sonach die Hypothek, solange sie noch dem Eigentümer zusteht, eine Grundschuld ist, so hat der Eigentümer auch die Befugnisse eines Grundschuldgläubigers; diese unterscheiden sich von denen eines Hypothekengläubigers nur dadurch, dass ihre Entstehung nicht von der Voraussetzung abhängig ist, dass eine fällige Schuld gegen den Gläubiger nicht rechtzeitig bezahlt wird, mit anderen Worten, dass bei der Grundschuld die Befugnisse von der Forderung losgelöst sind (§§ 1191, 1192 B. G. B.). Durch § 1197 geschieht nun eine Einschränkung der Rechte des Eigentümers als Grundschuldgläubiger:

Ist der Gläubiger der Eigentümer, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung

1) So auch Planck, 1906, S. 671, Oberneck, S. 730, Martinius bei Gruchot, Bd. 44, S. 383 und R. G. Bd. 51, S. 44 und 116, Bd. 52, S. 9 und 339.

2) Vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 1906, S. 916, Fuchs § 1177 Erl. 6 (S. 570), Neumann I, S. 780, Nr. 5.

betreiben. Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. Durch Abs. I von § 1197 ist also dem Eigentümer die Ausübung des von uns als Verwertungsbefugnis bezeichneten Rechtes genommen; denn das Recht auf Betreibung der Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung bedeutet nichts anderes als die oben erörterte Befugnis zur Verwertung des Grundstücks; die Liquidationsbefugnis ist dem Eigentümer geblieben, § 1197 raubt sie ihm nicht, oder vielmehr höchstens insoweit, als ihm keine Zinsen in der Zwangsversteigerung gebühren. (Abs. II von § 1197.)

Man kann nun nicht schliessen, dass die Verwertungsbefugnis dem Eigentümer überhaupt gänzlich genommen wäre; denn von ihr ist die Liquidationsbefugnis, wie wir gesehen haben, abhängig; die letztere kann nicht ohne die erstere bestehen; beide sollen ja auch gemäss § 1177 die rechtliche Einheit der Grundschuld bilden. Ein Dritter (nicht der eingetragene Hypothekar), der das dem Eigentümer zustehende Recht von ihm cediert erhielte,[1]) würde nur die Befugnis zur Aneignung eines Teiles des Versteigerungserlöses übertragen erhalten, könnte aber selbst das Grundstück nicht zur Versteigerung bringen. Demnach ruht die Verwertungsbefugnis nur in der Hand des Eigentümers, durch Übergang auf eine andere Person als den Eigentümer tritt sie wieder in Wirksamkeit.

Eine Rechtfertigung dieses Ergebnisses ist nicht schwer zu finden. Die Befugnis zur Verwertung des Grundstücks

1) Die Möglichkeit einer Cession des vollgültigen Rechtes des Eigentümers lässt sich nicht bestreiten, da der Eigentümer als Inhaber dieses Rechtes die volle Verfügungsbefugnis darüber hat; manche wollen dem Eigentümer allerdings erst dann ein wahres, von dem Gläubiger unbeschränktes Recht zuerkennen, wenn feststeht, dass der Brief nicht übergeben bezw. die Forderung nicht entstehen wird; hiermit wird aber eine andere Frage berührt, nämlich, ob der Gläubiger an dem Rechte des Eigentümers wiederum ein Recht, eine Anwartschaft hat; hierüber vgl. § 3.

hat, da sie dem Eigentümer bereits kraft Eigentums zusteht und durch die Verwertungsbefugnisse der Nachhypotheken in keiner Weise beschränkt wird, keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Bestand; sie ruht daher, solange die Grundkreditbelastung dem Eigentümer zusteht. Anders die Liquidationsbefugnis; zwar steht auch diese ihm bei einer Zwangsvollstreckung des Grundstücks insoweit zu, als sie ihm nicht durch die das Grundstück belastenden Hypotheken genommen ist; denn das Eigentum steht den begrenzten Rechten an der Sache nach;[1]) nicht dagegen steht sie ihm zu, wenn eine Hypothek wegfällt oder noch nicht entstanden ist und Nachhypotheken vorhanden sind. Denn das Aufrücken dieser vermag der Eigentümer nicht kraft Eigentums zu hindern. Da aber die Nachhypotheken nicht grundlos aufrücken sollen,[2]) sondern dem Eigentümer der Versteigerungserlös in Höhe der noch nicht entstandenen Hypothek zufallen soll, so muss er wie ein Hypothekar mit den anderen Hypotheken am Erlöse konkurrieren und die Befugnis zur Liquidation muss ihm in Form einer Grundkreditbelastung verbleiben. Denn auf diese Weise ist eine Verlautbarung des ihm bleibenden Rechtes am besten möglich.

Schliesslich muss zur Vervollständigung dieses Bildes der Eigentümerhypothek mit wenigen Worten noch auf die bereits wiedergegebene Vorschrift des § 1197 Abs. II eingegangen werden.

Der Hypothekengläubiger kann Zinsen, d. h. eine Vergütung für den Gebrauch des dargeliehenen Kapitals von dem Darlehnsschuldner fordern. Kraft der Hypothek haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung (§ 1118). Diese Befugnis ruht ebenfalls, wenn die Hypothek dem Eigentümer zusteht. Denn die Zinsen sind als eine Belastung der Einkünfte des Grundstücks anzusehen und der Eigentümer hat daher, solange ihm die Einkünfte des Grundstücks gebühren, keinen Anspruch auf Zinsen; erst

1) Vgl. auch Planck III, S. 9 und 128.
2) Vgl. die S. 11 angegebene Erwägung.

wenn und solange ihm durch die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsverwaltung die Einkünfte entzogen werden, müssen ihm Zinsen zugestanden werden, damit nicht die gleich- und nachstehenden Gläubiger zum Nachteile der Eigentümerhypothek einen Vorteil erlangen, auf welchen sie vermöge ihres Rechtes keinen Anspruch haben (M. III, S. 734).

---

§ 3. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem eingetragenen Gläubiger und dem Eigentümer.

Nachdem wir nunmehr zur Klarheit gekommen sind über die dem Eigentümer vor der Briefübergabe kraft der Hypothek zustehenden Befugnisse, erinnern wir uns, dass gemäss § 1117 Abs. I B. G. B. der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger eintritt, wenn ihm der Brief von dem Grundstückseigentümer übergeben wird. Sonach genügt nicht die einseitige Besitzergreifung seitens des Gläubigers oder die Aushändigung des Briefes an ihn durch das Grundbuchamt ohne Zustimmung des Eigentümers. Hier müsste entsprechend §§ 1117 Abs. I S. 2, § 929 S. 2 erst noch eine nachträgliche Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger erfolgen. Im Übrigen richtet sich die Art der Übergabe nach den Vorschriften der §§ 930, 931 B. G. B. Es genügt also Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Gläubiger den mittelbaren Besitz erlangt, der Eigentümer aber den unmittelbaren Besitz behält, indem z. B. der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber sich verpflichtet, den Brief einstweilen für ihn aufzubewahren, oder die Übergabe wird ersetzt durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den im Besitze des Briefes befindlichen Dritten.

Sind mehrere Eigentümer vorhanden, sei es, dass das Eigentum an dem belasteten Grundstück mehreren Personen nach Bruchteilen zusteht, oder dass die Hypothek auf mehreren Grundstücken verschiedener Eigentümer als Gesamthypothek eingetragen ist, so muss der Hypothekenbrief

von sämtlichen Eigentümern dem Gläubiger übergeben oder, wenn der Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist, die Einigung von sämtlichen Eigentümern mit dem Gläubiger getroffen werden.[1])

Der Übergabe des Briefes durch den Eigentümer steht auch gleich die Wegnahme desselben im Wege der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger (§§ 883, 897 Z. P. O.).

Endlich kann die Übergabe entsprechend § 1117 Abs. II durch die Vereinbarung ersetzt werden, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen.[2]) Eine Form für diese Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben. Dem Grundbuchamte gegenüber genügt gemäss § 60 Abs. II G. B. O. die einseitige Erklärung des Eigentümers; sie muss aber zu Protokoll des Grundbuchamts oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegeben werden.[3])

Wenn diese Vereinbarung schon vor der Eintragung der Hypothek getroffen ist, erwirbt der Gläubiger, vorausgesetzt, dass seine Forderung besteht, die Hypothek schon mit der Eintragung;[4]) erfolgt sie später, so geht die Hypothek mit der Vereinbarung auf ihn über, wenn auch der Brief ihm noch nicht übergeben ist.[5])[6])

---

1) R. G. 52, S. 360.

2) Der Zweck dieser Vorschrift ist bereits S. 15 angegeben.

3) § 60 Abs. II, § 29 G. B. O.

4) K. G. Bd. 25. S. A. 153 ff.

5) Ob diese Wirkung der Vereinbarung auch dann zukommt, wenn der Brief später von dem Grundbuchamte dem Eigentümer ausgehändigt oder versehentlich überhaupt nicht gebildet wird, ist bestritten. Vgl. Planck III, S. 539. Erl. 3 zu § 1117; Turnau-Förster I S. 758. Wir schliessen uns der von Planck vertretenen Meinung an, welche dies bejaht.

6) Ist die Vereinbarung formlos erfolgt, so darf auf Grund derselben das Grundbuchamt den Brief nicht dem Gläubiger aushändigen. Vgl. Kretschmar, Anm. 3 zu § 1117, Planck Erl. 3 zu § 1117. Über die Frage, ob einseitige Anweisung des Eigentümers an das Grundbuchamt gemäss § 60 Abs. II G. B. O. die Vereinbarung ersetzt, vgl. K. G. 25. S. A. 153 ff.

Der Zweck, den das Gesetzbuch mit den Vorschriften des § 1117 verfolgt, ist, wie bereits oben (S. 14) angegeben, bei der Bestellung der Hypothek für ein Darlehn es zu ermöglichen, dass die Hingabe des Darlehns und der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger Zug um Zug erfolgen. Es ist also der Eigentümer in der Lage, seine Leistung, die Bestellung der Hypothek dem Gläubiger solange vorzuenthalten, bis dieser seinerseits geleistet, d. h. das Darlehn hingegeben hat. Eine solche Befugnis zur Verweigerung der Leistung nennen wir auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse ein Zurückbehaltungsrecht. Es beruht auf dem Gedanken, dass derjenige gegen Treu und Glauben handelt, der die ihm geschuldete Leistung fordert, die ihm obliegende Leistung aber nicht gewährt, sofern beide Verpflichtungen einem einheitlichen Rechtsverhältnis entspringen. Und in der Tat hat die Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes eine grosse Ähnlichkeit mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts. Unsere Betrachtung erfährt dadurch insofern eine Vertiefung, als es klar wird, dass das Gesetz mit den Bestimmungen der §§ 1163 Abs. II und 1117 lediglich eine Erweiterung der Rechtsmacht des Eigentümers bezweckte und es wird dadurch die weitere Frage angeregt, ob nicht hier das Interesse des Eigentümers in einer für ihn zu günstigen Weise gewahrt worden ist, wenn man sein Interesse gegen das des Gläubigers abwägt. Denn, solange der Eigentümer dem Gläubiger den Brief nicht ausgehändigt hat, steht es in seinem Belieben, ob er die Hypothek für den Gläubiger entstehen lassen will. Zum mindesten liegt eine scheinbare Unbilligkeit dann vor, wenn der Gläubiger das Darlehn bereits gegeben hat. Denn in diesem Falle liegt, möchte man meinen, bereits in der Darlehnshingabe in Verbindung mit der Tatsache, dass die Hypothek für den Gläubiger eingetragen ist, ein rechtfertigender Grund, dass ihm seine in Aussicht stehende Sicherung für die Darlehnsforderung nicht durch Belieben des Eigentümers genommen werden könne.

Aus dieser Erwägung heraus sind eine Anzahl Juristen zu einer Auslegung des Gesetzes in den §§ 1163 II, 1117 gekommen, nach der die Rechte des Eigentümers aus der ihm nach § 1163 Abs. II zustehenden Hypothek sozusagen nur auf dem Papier stehen, tatsächlich aber der Gläubiger der materiell Berechtigte ist. So führt z. B. Kretschmar[1]) aus: „Die Rechtslage im vorliegenden Falle ist nicht derart, dass die Hypothek als Eigentümerhypothek entsteht und dieser ihrer Eigenschaft durch die Übergabe des Briefes erst entkleidet werden müsste, sondern es ist damit nur gesagt, dass der Gläubiger, obwohl er als solcher im Grundbuche eingetragen ist, erst durch die Aushändigung des Briefes eine vollwirksame Stellung erlangt und dass die an sich gültig zur Entstehung gelangte Hypothek auch dann bestehen bleibt und zur Eigentümerhypothek wird, wenn sie der Gläubiger, dem sie bestellt wurde, nicht erwirbt, wie dies beim Nichtentstehen der Forderung der Fall sein kann. Die Folge des Bestehenbleibens der Hypothek ist, dass der Eigentümer sie — mit rückwirkender Kraft — erwirbt. Entstände die Hypothek als Eigentümerhypothek, so würde dem Eigentümer bis zur Aushändigung des Briefes an den Gläubiger die freie Entschliessung darüber zustehen, ob er die Hypothek des Gläubigers zur Entstehung gelangen lassen will oder nicht. Dies steht indes nicht mehr im Belieben des Eigentümers; ist die Eintragung vom Eigentümer auf Grund der zwischen ihm und dem Gläubiger getroffenen Einigung herbeigeführt worden und steht der Forderung des Gläubigers (wie z. B. aus der Nichtzahlung der Valuta) oder der Hypothek keine Einrede entgegen, so ist der Eigentümer zur Aushändigung des Briefes an den Gläubiger verpflichtet und kann von diesem im Klagewege darauf in Anspruch genommen werden."

Wie man den §§ 1163 II, 1117 eine derartige Auslegung geben kann, ist mir nicht verständlich. Es ist zwar richtig,

1) Kretschmar, Sachenrecht, § 1163, Nr. 3.

dass nach Einigung und Eintragung der Hypothek und Hingabe des Darlehns ein Anspruch des Gläubigers unter der Voraussetzung, dass ein obligatorischer Hypothekenbestellungsvertrag vorliegt, gegeben ist auf Verschaffung der Hypothek und somit auf Übergabe des Briefes. Dieser Anspruch ist ein rein obligatorischer, nicht aber gewährt er dem Gläubiger bereits eine dingliche Stellung in Ansehung der Hypothek.

Auch das weitere Bedenken Kretschmars, dass die Hypothek schon um deswillen nicht als Eigentümerhypothek zur Entstehung gelangen könne, weil sie nicht für den Gläubiger eingetragen werde (wie denn eine Hypothek für den Eigentümer überhaupt nicht eingetragen werden könne), kann man nicht gelten lassen. Es ist eben hier mit dem Entstehen des Rechtes als Eigentümerhypothek eine Unrichtigkeit des Grundbuchs verbunden. Das unrichtige Grundbuch lässt erkennen, worauf der Zweck des bisherigen Rechtsvorganges gerichtet ist. § 1163 II und § 1117 bestimmen klar, dass die Hypothek vor der Briefübergabe dem Eigentümer zusteht, dass der Gläubiger sie erst mit der Übergabe erwirbt. Es heisst, diesen Gesetzesbestimmungen einen anderen Sinn unterlegen, als er tatsächlich in ihnen enthalten ist, wenn man, um dem Gläubiger in seiner scheinbar unbilligen Situation zu helfen, für ihn irgendwelche Rechtsbefugnisse, Anwartschaft oder dergl. konstruiert. So giebt z. B. Endemann[1]) dem Gläubiger ein auf Einigung, Eintragung und Vorhandensein der Forderung basierendes dingliches Wartrecht, Kindel[2]) meint, dass von allem Anfang an der Gläubiger materiell berechtigt sei; denn er könne die Aushändigung des Briefes fordern, auch wenn in die Bewilligung nicht aufgenommen sei, dass das Grundbuchamt denselben an ihn aushändigen solle. Der Eigentümer habe nicht das geringste Recht mehr; eine Umschreibung auf sich könne er nicht verlangen, da ihm der Gläubiger die Einrede

1) Endemann, II S. 744 und Anm. 32.

2) Kindel, Sächs. Archiv f. Rechtspflege, vom 1. März 1907, S. 117.

aus dem von ihm erfüllten Darlehnsvertrage entgegensetze und ihm mit Erfolg den Brief abverlange.

Nach Bendix[1]) trägt die Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes den Charakter eines auflösend bedingten Rechtes. Hieraus folge, dass der Eigentümer während der Zeit seiner Berechtigung, aber auch nur für diese Zeit über die Post zu verfügen vermöge, dass mithin jede solche Verfügung der Rechtsbeständigkeit entbehre, soweit sie im Falle der wirklichen oder fingierten Übergabe des Briefes an den eingetragenen Gläubiger dessen Recht vereiteln oder beeinträchtigen würde. Der Besitz des zurückbehaltenen Briefes soll den Eigentümer vor schädlichen Verfügungen des Gläubigers schützen, nicht aber den letzteren den sein Recht benachteiligenden Verfügungen des Eigentümers preisgegeben. Dieser Bendix'schen Meinung ist entgegenzuhalten, dass die Briefübergabe keinerlei Ähnlichkeit mit dem Eintritt einer Bedingung hat. Die Begründung hierfür befindet sich weiter unten S. 51. Es wird auf diese Erörterungen, um Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen. Daher ist eine direkte oder analoge Anwendung der Vorschriften über die Bedingung nicht angängig.

Im übrigen ist folgendes zu sagen: Wenn der Gläubiger bei der Hingabe des Darlehns sich den Brief nicht aushändigen lässt, so verstösst er damit gegen den Zweck des § 1117. Denn durch § 1117 sollte gerade erreicht werden, bei der Bestellung einer Hypothek für ein Darlehn es zu ermöglichen, dass die Hingabe des Darlehns und der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger Zug um Zug erfolgen und, wenn der Brief vom Grundbuchamt noch nicht ausgefertigt war, so hätte der Gläubiger die gemäss § 1117 Abs. II zulässige Vereinbarung mit dem Eigentümer treffen müssen und hätte so die Hypothek erworben. Hat er beides unterlassen, so steht das materielle Recht an der Hypothek einstweilen dem Eigentümer zu, im

1) Bendix in Seuff. Bl. Bd. 67, S. 537 ff., abgedruckt bei Neumann, Jahrb. d. d. R. 2. Jahrg. S. 596.

Konkurse desselben gehört sie auch zur Konkursmasse und es wäre eigentlich kein Grund gewesen, den Gläubiger noch eigens gegen Verfügungen des Eigentümers über die diesem kraft Gesetzes zustehende Hypothek zu schützen. Dennoch gibt ihm das Gesetz die Möglichkeit einer Sicherung. Denn er kann gemäss § 883 B. G. B. seinen persönlichen Anspruch auf Verschaffung der Hypothek aus dem Hypothekenbestellungsvertrage durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch sichern. Dem steht nicht entgegen, dass die Hypothek bereits für den Gläubiger eingetragen ist; denn diese Eintragung begründet nicht sein Recht, er erwirbt sie vielmehr erst mit der Briefübergabe.[1])

Macht der Gläubiger von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so kann er im Konkurse des Eigentümers auch nicht einen Aussonderungsanspruch hinsichtlich des Briefes und ein Absonderungsrecht für seine Forderung geltend machen. (§ 24 K. O.) Die Eintragung der Vormerkung gewährt ihm dagegen ein Absonderungsrecht.[2]) Ohne dieselbe istauch die Übergabe des Briefes durch den Gemeinschuldner oder auf dessen Anweisung durch das Grundbuchamt nach der Konkurseröffnung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

Solange der Anspruch des Gläubigers auf Bestellung der Hypothek ein nur obligatorischer ist,[3]) wird der Gläubiger

1) So auch Oberneck I, S. 731, K. G. in Rechtspr. der O. L. G. Bd. 7, S. 367; Gierke, S. 890 Anm. 14; Planck § 1117 Erl. 4 anderer Meinung Bendix in Gruch. 49. S. 297.

2) So auch Planck § 1117 Erl. 5.

3) Um die Art der Pfändung der Eigentümerbriefhypothek hat sich ein lebhafter Streit erhoben.

Gemäss § 830 Z. P. O. ist zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, ausser dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich. Auf die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld findet gemäss § 857 Abs. VI Z. P. O. diese Vorschrift entsprechende Anwendung. Da das B. G. B. die Eigentümerhypothek wie eine Grundschuld behandelt oder die für letztere geltenden Vorschriften auf sie angewandt wissen will (§ 1177 Abs. I u. II), so wird die Pfändung der Eigentümerhypothek gemäss § 857 Abs. VI.

auch dadurch um seine Hypothek gebracht, dass ein anderer Gläubiger die Eigentümerhypothek pfänden und sich überweisen und den Brief durch den Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Ablieferung an ihn dem Eigentümer wegnehmen lässt. Denn dem pfändenden Gläubiger kann er nicht entgegensetzen, dass der Eigentümer ihm gegenüber verpflichtet sei, ihm den Brief zu übergeben, weil er ihm die Valuta für die Hypothek entrichtet habe; denn diese Verpflichtung ist eine rein persönliche, zwischen dem Eigentümer und dem eingetragenen Gläubiger bestehende,

Z. P. O. zu ihrer Gültigkeit ausser dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Briefes zur Voraussetzung haben.

Nun wollen eine Anzahl der bedeutendsten Kommentatoren der Z. P. O. den Abs. II des § 857 Z. P. O. auf die Pfändung der Eigentümerhypothek angewandt haben, wonach, wenn ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen ist, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist. Dem kann nicht beigestimmt werden. Diese Auffassung wird, wie Biermann § 1163 Erl. 7 mit Recht ausführt, dem Umstande nicht gerecht, dass es sich um Grundbuchrechte handelt. Es bliebe unverständlich, warum das Gesetz sich nicht auch bei der Pfändung der Gläubigerhypothek mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner begnügt. Denn die Zustellung an den Eigentümer zum Zwecke der Pfändung einer Eigentümerhypothek kann keine andere Bedeutung haben als die Zustellung des die Pfändung einer Gläubigerhypothek aussprechenden Beschlusses an den Drittschuldner.

Ferner ist zu sagen: Es besteht bez. der Briefhypothek eines Gläubigers insofern zwischen der Abtretung und Pfändung eine Parallele, als in beiden Fällen die Übergabe des Briefs an denjenigen, der das Recht an der Briefhypothek erwirbt, erforderlich ist. Das Recht aus der Hypothek ist in gewisser Weise mit dem Rechte am Papier verknüpft und damit die Sicherheit des Verkehrs bei Briefhypotheken bezweckt. Die Abtretung der Eigentümerbriefhypothek vollzieht sich, wie erwähnt in genau derselben Weise, wie die der Gläubigerhypothek, bezw. Grundschuld. Warum soll da für die Pfändung der Eigentümerbriefhypothek, da hier der gleiche Zweck, die Sicherheit des Verkehrs im Auge behalten werden muss, eine andere Behandlung Platz greifen, insbesondere da eine passende gesetzliche Bestimmung vorhanden ist. Daraus, dass die Erwähnung der Eigentümergrundschuld, die sich in der ersten Fassung des Abs. VI von § 857 Z. P. O. fand, jetzt weggeblieben ist, kann man nicht mit Unrecht den Schluss ziehen, dass dies mit Rücksicht

die nicht auf den Singularsuccessor des Eigentümers,[1]) also auch nicht auf den pfändenden Gläubiger übergeht.

Abtreten[2]) kann der Eigentümer die ihm zustehende Hypothek allerdings nicht ohne weiteres. Denn er hat

---

auf § 1177 B. G. B. geschehen ist. Man muss also daran festhalten, dass zur wirksamen Pfändung der Eigentümerhypothek ebenfalls die Briefübergabe an den pfändenden Gläubiger erforderlich ist. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer hat nur die im § 830 Abs. II Z. P. O. bestimmte vorläufige Wirkung. Derselben Ansicht: Biermann § 1163 Erl. 7, Planck § 1177 Erl. 5a, R. G. **55**. S. 379, **56**, S. 184, **59**, S. 316 ff., Hirsch, a. a. O. S. 246.

A. M. Oberneck, Gruchot 50, S. 556 ff., Gaupp-Stein u. Struckmann-Koch zu § 857 Z. P. O. Turnau-Förster § 1163 Erl. 12, Kindel, a. a. O. S. 89 u. a.

1) So im Anschluss an Turnau-Förster II § 1163. Erl. und R. G. Entsch. VII. 286/05.

2) Im Falle der Abtretung muss die Eigentümerhypothek, wenn sie im Grundbuch bereits in eine Grundschuld für den Eigentümer umgeschrieben ist und als Hypothek erworben werden soll, in eine solche umgewandelt und im Grundbuch eingetragen werden. Das ist auch dann erforderlich, wenn die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld noch nicht im Grundbuche eingetragen ist. In dem Eintragungsvermerk muss die Umwandlung in eine Grundschuld und die Rückverwandlung in eine Hypothek zum Ausdruck gebracht werden.

Im Übrigen ist über die Form der Abtretung kaum etwas hinzuzufügen. Sie geschieht in den Formen von §§ 1192, 1154. d. h. durch Briefübergabe in Verbindung mit entweder der Abtretungserklärung in schriftlicher Form oder der Eintragung der Abtretung in's Grundbuch. Dass der Eigentümer im letzteren Falle vorher als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen werde (§ 40 G. B. O.), ist nicht nötig. Es genügt, dass er in Abt. I als Eigentümer eingetragen steht. Denn nach unserer Ansicht ist die Eigentümerhypothek vor der Übergabe des Briefes ein Recht des Eigentümers, das aus den beiden oben (§ 2) erörterten Befugnissen sich zusammensetzt, von denen die eine, die Verwertungsbefugnis, dem Eigentümer bereits zusteht, die andere, die Liquidationsbefugnis, seine Rechtsposition als Eigentümer verstärkt. Der Eigentümer ist, um die Worte des Kammergerichts zu gebrauchen, als „eventueller Inhaber" der ihm später zufallenden Eigentümerhypotheken eingetragen. So K. G. Bd. 20, S. A. 190, Bd. 21, S. A. 155, Bd. 23, S. A. 157 u. a., desgl. Hirsch, a. a. O. S. 246, Oberneck in Gruchot 47, S. 313; anderer Ansicht Planck, § 1177, Erl. 4a, Achilles-Strecker S. 269 ff. Erl. 2 zu § 40; auch Biermann hält diese Ansicht für bedenklich (Biermann Erl. zu § 1117).

Schwierigkeiten hinsichtlich seiner Legitimation gegenüber dem Grundbuchamt. Durch Vorlegen des Briefes vermag der Eigentümer den Nachweis, dass ihm die Hypothek zusteht, nicht zu erbringen. Denn es sind Fälle möglich, wo die Hypothek vom Gläubiger bereits erworben ist, aber der Eigentümer im Besitze des Briefes ist; z. B. bei Ersatz der Übergabe durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Gläubiger mittelbarer Besitzer, der Eigentümer unmittelbarer wird. Ausserdem spricht für den eingetragenen Gläubiger die Vermutung des § 891 B. G. B. Letzteres wird zwar von manchen bestritten unter Hinweis darauf, dass der Gläubiger erst mit der Briefübergabe die Hypothek erwerben, also auch hierdurch erst die Vermutung des § 891 begründet werde.[1]) Dies kann nicht für stichhaltig erachtet werden. Die Vermutung des § 891 wird lediglich durch die Tatsache der Eintragung begründet; es ist gleichgültig, auf welche Weise sie zustande gekommen ist. Es musste sonst das Fehlen eines anderen wesentlichen Strukturelementes, z. B. der dinglichen Einigung, wie Oberneck mit Recht ausführt, ebenfalls die Vermutung der Sachlegitimation aufheben. Der Schutz des Eigentümers demgegenüber ist in § 1160 B. G. B. gegeben, wonach der Eigentümer der Geltendmachung der Hypothek widersprechen kann, wenn der Brief nicht vorgelegt wird.

Es ist also Sache des Eigentümers, wenn er grundbuchmässig über die Hypothek verfügen will, dem Grundbuchamte in gehöriger Form (§ 29 G. B. O.) nachzuweisen, dass das Grundbuch unrichtig ist und dass die Hypothek ihm zusteht. Er bedarf hierzu der in ordnungsmässiger Form abgegebenen Erklärung des Gläubigers, dass er die Hypothek nicht erworben habe, oder dessen rechtskräftiger Verurteilung hierzu. Der Gläubiger ist zwar verpflichtet,

1) Wie hier ausser Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 293, K. G. Bd. 22. S. A. 310 u. a. Entsch.; vgl. auch die Ausführung von Biermann zu § 1117. Entgegengesetzter Ansicht: Dernburg III, § 48 Z. 5 (S. 150). Fuchs I. Anm. 51 S. 149.

gemäss § 894 B. G. B. seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs zu geben, er wird aber seinen obligatorischen Anspruch auf Hypothekbestellung einredeweise geltend machen; er ist demnach den Verfügungen des Eigentümers über die Hypothek überhaupt nicht schutzlos preisgegeben, weil der Eigentümer die Schwierigkeit der Legitimation hat. Andrerseits ist auch der Gläubiger nicht der eigentlich Berechtigte der Hypothek, wie Kindel meint; sein obligatorischer Anspruch auf Verschaffung der Hypothek ist nicht die Hypothek, erst die Geltendmachung desselben und eventuelle prozessuale Durchführung vermag ihm die Hypothek zu verschaffen. Bis dahin ist aber der Eigentümer der wahre Inhaber der Hypothek.

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass die Eigentümerhypothek bei einer Veräusserung des Grundstücks nicht die Schicksale des Eigentums teilt. Denn sie ist ein selbständiges Recht; vielmehr verbleibt sie dem Eigentümer, der sie aus seinem Eigentum ausgesondert und ihr den Inhalt gegeben hat. Gleichzeitig verwandelt sie sich, da § 1197 keine Anwendung mehr findet, in eine wahre Grundschuld bezw. Hypothek (gemäss § 1177 Abs. I oder Abs. II).

Dritter Teil.

Die Konstruktion der Eigentümerhypothek.

§ 4a. Die Ansichten Planck's, Gierke's, des Kammergerichts, Dernburgs, des Pr. Obertribunals, Horn's.

Nachdem so an der Hand der Gesetzesbestimmungen über den Inhalt der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes Betrachtungen angestellt worden sind, erscheint es zweckmässig, von diesem speziellen Fall der Eigentümerhypothek ausgehend zu versuchen, den Begriff der Eigentümerhypothek überhaupt festzustellen. Zu diesem Zwecke sind zunächst die bisherigen Ansichten über die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek zu erörtern.

Da sind insbesondere zwei Hauptansichten zu unterscheiden. Die einen sehen in der Eigentümerhypothek ein begrenztes, dingliches Recht, eine wirkliche Hypothek oder Grundschuld, die anderen eine Befugnis des Eigentümers.

Unter den ersteren steht Planck obenan.[1]) Ihm ist, wie bereits oben ausgeführt, entgegenzuhalten, dass das Eigentum die umfassendste Herrschaftsmacht einer Person über eine Sache ist und der Eigentümer daher ausser den aus dem Eigentum ihm zustehenden Befugnissen nicht noch auf Grund eines begrenzten dinglichen Rechtes an derselben Sache Befugnisse haben kann. Diese müssen bereits im Eigentum enthalten sein. Diesen Einwurf hält Planck durch die Untersuchungen, deren Ergebnisse Jacubezky S. 212

1) Planck, § 889 II; desgl. Fuchs, § 889 N. V. und S. 520, Dernburg III, § 209, Nr. 3, Eck, Vorträge, Bd. II, S. 309 ff.

seiner „Bemerkungen“ wiedergiebt, für abgetan. Jacubezky hält ebenfalls begrenzte Rechte an der eigenen Sache insoweit für begrifflich unmöglich, als das Recht eine Beschränkung der Befugnisse des Eigentums enthält; es könne dagegen, soweit es andere dingliche Rechte beschränke, in der Hand des Eigentümers fortbestehen. Dem ist beizustimmen, indem man sich dabei vor Augen hält, dass insoweit eine Verstärkung der Eigentumsbefugnisse vorliegt. So auch Planck. Er folgert nun aber weiter: „In der Bucheintragung ist das Mittel gegeben, das Fortbestehen des Rechts neben dem Eigentum allen kundbar zu machen, die es angeht. Besteht das Recht aber fort, so hat der Eigentümer die Befugnisse des Berechtigten.“

Wenn auch durch die Bucheintragung die Möglichkeit gegeben ist, das Fortbestehen des unveränderten Rechtes kundbar zu machen, so kann von einem Fortbestehen logischerweise doch nur insoweit die Rede sein, als das Recht sich nicht mit dem Eigentum deckt, also insofern es eine Ausschlussfunktion gegenüber den Nachhypotheken bedeutet; insoweit es mit den Eigentumsbefugnissen zusammenfällt, muss es zum mindesten ruhen. Durch das Ruhen der sich mit dem Eigentum deckenden Befugnis wird aber dem Rechte der Charakter eines Befriedigungsrechtes[1]) (zur Sicherung wegen einer Forderung oder unabhängig von einer solchen) genommen, es kann also in der Hand des Eigentümers weder eine Hypothek noch eine Grundschuld mehr sein.

Gierke (Sachenrecht § 166 II, S. 921 ff.) sucht die begriffliche Unmöglichkeit eines begrenzten dinglichen Rechtes an der eigenen Sache dadurch zu lösen, dass er eine subjektive und eine objektive Seite des in der Eigentümerhypothek gegebenen Rechtsverhältnisses unterscheidet. Als subjektives Rechtsverhältnis habe das Pfandrecht an eigener Sache keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Be-

1) Vgl. § 1113, 1191 B. G. B.

stand, weil dem Eigentümer die Befugnisse, die ein begrenztes, dingliches Recht gegen den Eigentümer begründe, nicht gegen sich selbst zustehen können. Dritten gegenüber erlange er keine sachenrechtliche Macht, die er nicht auch als Eigentümer hätte. In Ansehung des subjektiven Rechtsverhältnisses besage also das Eigentümergrundpfandrecht nicht, dass eine Beschränkung des Eigentums bestehe, sondern dass eine bestimmte Beschränkung nicht bestehe. Dagegen sei der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten, besonderen Rechtes am Grundstücke gegeben. Der für ein Grundpfandrecht erforderliche Inhalt sei aus dem Eigentumsinhalt herausgehoben und als selbständiger Vermögensgegenstand konstituiert und durch die Grundbucheinrichtung für Jedermann ersichtlich gemacht und mit dinglicher Kraft begabt. So habe der Eigentümer einen abgesonderten Teil seines Grundvermögens in Pfandrechtsgestalt inne.

Gierke legt m. E. viel zu grossen Wert auf das Moment der Eintragung und darauf, dass das Recht des Eigentümers in der Form einer Grundkreditbelastung uns entgegentritt. Die Annahme eines objektiven Rechtsverhältnisses durch Gierke ist als ein Versuch anzusehen, den Inhalt der Eigentümerhypothek um jeden Preis in den Rahmen einer Hypothek, eines Grundpfandrechtes, hineinzupressen. Wenn Gierke sagt, als subjektives Rechtsverhältnis habe die Eigentümerhypothek keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Bestand, so ist damit der Eigentümerhypothek der Inhalt überhaupt genommen.[1]) Der objektive Bestand aber gibt dem Eigentümer keine Befugnis. Es wird damit nur eine künstliche Gedankenoperation geschaffen und der Inhalt des Rechtes des Eigentümers verdunkelt. Die Eintragung ist nur ein rechtspolizeilicher Formalakt, sie ist zwar erforderlich, gemäss § 873 B. G. B., um die Belastung hervorzubringen; aber dass das Recht in der Form einer Hypothek oder

1) Er ist aber vorhanden, er besteht in der Liquidationsbefugnis. Vgl. hierfür auch S. 38 ff.

Grundschuld im Grundbuche steht, ist doch nur eine gesetzestechnische Abkürzung, das Recht soll nach Hypotheken- bezw. Grundschuldvorschriften behandelt werden, nicht soll dadurch der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten besonderen Rechtes am Grundstück in dem Gierke'schen Sinne kundbar gemacht werden.

Wieder andere sprechen von der Eigentümerhypothek als einer hypothekengleichen Belastung. So das Kammergericht, Bd. 27, S. 131 ff., im Anschluss daran Kretschmar, Sachenrecht S. 539 und Klamroth (Rostocker Dissertation), S. 2. Das Kammergericht fasst die Eigentümerhypothek als eine hypothekengleiche Belastung auf, die in ihren rechtlichen Wirkungen von der wirklichen Hypothek nur insoweit abweicht, als das Nichtbestehen einer Forderung und die Identität des Eigentümers mit dem Gläubiger es erfordert. Eine derartige Begriffsbestimmung fördert die Klarheit über das Wesen der Eigentümerhypothek auch nicht. Wie kann man einen Begriff klar bestimmen, wenn man einen Oberbegriff aufstellt und diesen dann derart einschränkt, dass die Einschränkung den Oberbegriff in das Gegenteil verwandelt.

Auch die Dernburg'sche Ansicht[1]) muss erwähnt werden. Er hält die Unterstellung der Eigentümerhypothek unter den Pfandrechtsbegriff deshalb für möglich, weil auch in ihr eine Haftung für ein Leistensollen vorhanden sei; allerdings sei das Leistensollen hier ein eventuelles, für den Fall, dass die Eigentümerhypothek künftig in andere Hände gerate, als das Eigentum, oder auch, dass mittels der Zwangsvollstreckung Erträgnisse auf die Post fielen, welche dem Eigentümer gebühren. Dem ist zu entgegnen, worauf Predari, S. 216 zuerst hingewiesen hat, dass diese Ansicht einen unrichtigen Ausgangspunkt nimmt; „denn dem B. G. B. liegt der Begriff der Dinglichkeit sowohl wie der Obligation im Sinne der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie zu Grunde;

1) Dernburg, III § 209 N. 3 § 218 Nr. 2b.

es ist daher nicht angängig, von den Begriffen[1]) Schuld und Haftung, die auf Grund von Forschungen auf dem Gebiete des altdeutschen Obligationenrechts gefunden sind, auszugehen".

Dass die Eigentümerhypothek eine „ruhende Hypothek" sei, ist für das frühere Recht vom Preussischen Obertribunal[2]) vertreten worden. Wenn man diese Theorie auf die Eigentümerhypothek des B. G. B. anwendet, muss man sagen, dass sie dem wahren Wesen der Eigentümerhypothek ziemlich nahekommt. Denn die Eigentümerhypothek trägt ruhende Elemente in sich. Insbesondere ruht das aus dem Tatbestande der Hypothek entspringende Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück zur Sicherung wegen einer Forderung. Soweit dagegen ihre Befugnisse nicht mit dem Eigentum zusammenfallen, vermag sie ihre Lebenskraft zu betätigen, einmal gegenüber nachstehenden Rechten, die gegen dasselbe Grundstück geltend gemacht werden können, andrerseits sobald sie aus der Hand des Eigentümers an eine andere Person übergeht. Die Möglichkeit der Cession der Eigentümerhypothek spricht nicht, wie Kindel S. 77 und im Anschluss daran Klamroth, Diss. S. 4, meint, gegen ihr Wesen als ruhender Hypothek. Warum soll der Eigentümer ein Recht, dessen Subjekt er ist, das er aber in gewisser Richtung nicht ausüben darf, nicht auf einen Dritten übertragen und der Dritte es nun voll und ganz ausüben können? Aber auch wenn wir die eben erwähnte Funktion als Ausschlussrecht gegenüber nachstehenden Rechten in dem Begriff der ruhenden Hypothek beibehalten, sprechen doch Bedenken gegen diese Auffassung.

Im Falle der Versteigerung des Grundstücks würde die ruhende Hypothek nur bewirken, dass die Nachhypotheken nicht vorrücken. Der auf die Eigentümerhypothek entfallende Betrag des Versteigerungserlöses fiele also dem Eigentümer

1) s. Predari S. 216; vgl. auch Bruck, S. 129.

2) Pr. Obertribunal, Bd. XI, S. 303; ähnliches meint wohl auch Crome, B. G. B. § 474.

in seiner Rolle als Eigentümer zu, weil er kraft des Surrogationsprinzips der Berechtigte am Erlöse ist,[1] soweit nicht die Rechte anderer vorgehen. Nun ist es schon bedenklich, wenn man dem Eigentümer die aus der ihm zustehenden Hypothek entspringenden Befugnisse ihm auf Grund des Eigentums und nicht auf Grund der Eigentümerhypothek zuerkennen will. Denn der Wortlaut des Gesetzes ist: „Die Hypothek steht dem Eigentümer zu", der „Eigentümer erwirbt die Hypothek". Wenn man sich also streng an den Buchstaben des Gesetzes hält, so gibt ihm das Gesetz bereits eine positive Befugnis. Aber wie ist es, wenn der Eigentümer der einzige Hypothekar ist und ein Personalgläubiger das Grundstück zur Zwangsvollstreckung bringt; in diesem Falle könnte er sein Recht überhaupt nicht betätigen. Die ruhende Hypothek würde ihm nicht den Verwertungserlös in der entsprechenden Höhe verschaffen. Der ganze Erlös würde vielmehr in erster Linie dem Personalgläubiger zur Befriedigung dienen, soweit dessen Forderung reicht. Mit Rücksicht auf § 1163 Abs. II B. G. B. und § 10 Nr. 4, 5 Z. V. G. wird der Grundbuchrichter aber keinen Augenblick im Zweifel sein, dass der Verwertungserlös, insoweit die eingetragene Hypothek reicht, dem Eigentümer gebührt. Wir kommen also zu dem Resultate, dass die Eigentümerhypothek keine ruhende Hypothek sein kann, sondern dass sie einen aktiven Inhalt hat, der im wesentlichen die Aneignung eines Teiles des Verwertungserlöses des Grundstücks zum Gegenstande hat. Dies ist zum mindesten für den Fall der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes oben S. 21 wohl klar erwiesen; bezüglich der anderen Fälle wird auf unsere späteren Erörterungen S. 51 ff. verwiesen.

Hier ist auch die neueste grössere Litteraturerscheinung über die Eigentümerhypothek anzureihen, nämlich die Ansicht von R. Horn. Er bestimmt sie so: „Wir haben in der Hypothek des Eigentümers und in der eigentlichen Eigen-

1) Vgl. oben S. 17 und Hirsch S. 225 a. a. O.

tümerhypothek (welche richtiger als Eigentümergrundschuld zu bezeichnen ist), eine wegen Vereinigung der forderungsbekleideten oder der forderungsentkleideten Hypothek mit dem Eigentum unvollkommene Hypothek oder nicht vollwirksame Grundschuld zu erblicken, welche dem Eigentümer jüngeren Pfandrechten gegenüber die negativen, defensiven, aber nicht die positiven, aktiven Befugnisse eines besseren, vorangehenden Pfandrechtes gewährt. Die letzteren würden darin liegen, die Pfandklage anzustellen, die Zwangsvollstreckung des Gutes jure pignoris zu erwirken, während die ersteren nur darauf beruhen, dem Eigentümer die Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld, in welche er eingerückt ist, zu belassen und sowohl durch den Bestand des Eigentümerpfandrechts, als auch durch die Möglichkeit seiner Übertragung das Vorrücken nachfolgender Hypotheken, sowie einen Anspruch derselben auf die eventuell auf die Eigentümerhypothek entfallende Erlösquote auszuschliessen.[1])

Dass man das Recht des Eigentümers nicht bestimmen kann, wenn man es als Hypothek definiert, ist in unseren Erörterungen zur Genüge gezeigt worden. Dass ferner der Eigentümer kraft seiner „Hypothek“ auch eine aktive Befugnis hat, ist wenigstens für den von uns oben behandelten Spezialfall der Eigentümerhypothek ebenso gewiss: er liquidiert im Verteilungstermin die auf die Hypothek entfallende Summe. Die Funktion der Eigentümerhypothek, die Nachhypotheken sowie ihren Anspruch auf den Erlös auszuschliessen, verschafft dem Eigentümer, wie bei der ruhenden Hypothek S. 39 gezeigt, nicht in allen Fällen das Recht, kraft seines Eigentums den entsprechenden Teil des Erlöses zu liquidieren. Die Eigentümerhypothek enthält sonach nicht nur negative, defensive Befugnisse.

---

1) Vgl. auch die Kritik von Kindel in „Sächs. Archiv für Rechtspflege“ 1907, Nr. 5 S. 117.

b) Die Ansichten Oberneck's und Bruck's.

Dass die Eigentümerhypothek eine Befugnis des Eigentümers sei, darauf hat für das frühere Recht von der Hagen in seiner Schrift „die Hypothek des Eigentümers" hingewiesen. Für das neue Recht ist zuerst von Oberneck[1]) diese Ansicht mit grossem Eifer verteidigt worden. Er bestimmt sie als das Recht des Eigentümers auf den in der Form einer Grundkreditbelastung verselbständigten, durch eine bestimmte Geldsumme bezeichneten Wert oder Wertteil seines Grundstücks, soweit er noch nicht oder nicht mehr dem eingetragenen Dritten oder einem sonstigen Berechtigten zusteht. Die Grundlage seiner Ansicht ist, dass er in der Eigentümerhypothek das Rechtsprinzip des festen Ranges sieht. Das Dogma vom Vorrücken der Nachhypotheken sei aufgehoben. Oberneck denkt sich nämlich den Wert des Grundstücks zerlegt im Verhältnis der darauf ruhenden Belastungen und beschränkt das Recht jedes Hypothekers auf seinen einmal festgelegten, unverrückbaren Wertteil; es haftet daher für die Hypothek nicht das ganze Grundstück, sondern nur der bestimmte Wertteil.

Nun ist aber gemäss § 1113 die Hypothek eine Belastung des Grundstücks; das Grundstück selbst ist Objekt der Hypothek, nicht der Wert des Grundstücks. Oberneck hält nun den Wert des Grundstücks für seine juristische Substanz, den Wert für den juristischen Gegenstand des Hypothekenrechts. Dem ist aber nicht so: Der Begriff des „Wertes" ist vielmehr ein wirtschaftlicher; er ist in der Rechtswissenschaft grundsätzlich nicht zu verwenden; er kann höchstens, wie Goldschmidt S. 32 ausführt, auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse als Massstab für das Leistungsobjekt (z. B. beim Ersatzanspruch) in Frage kommen.[2]) Aber der Wert kann nicht Objekt eines Rechtes sein. Das

1) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 456, und in Gruchot Bd. 47, S. 306 ff.

2) So Dernburg § 209 Nr. 3; Hirsch, a. a. O. S. 232; Klamroth, a. a. O. S. 5; Eck, Vorträge Bd. II S. 310; Predari S. 219.

ergiebt sich auch daraus, dass für den Fall der Eintragung von Hypotheken über den Umfang des Grundstückswertes hinaus das belastete Objekt fehlen würde. Den Einwand Oberneck's, dass der Wert einer Sache der freien Vereinbarung der Beteiligten unterliege, kann man u. U. nicht gelten lassen. Wenn auch der Wert einer Sache nicht objektiv bestimmbar ist, so ist er dennoch durch die den Wert beeinflussenden Faktoren relativ bestimmbar.

Das Hineinbringen des Wertes in den Begriff der Hypothek hat zwar insofern etwas Richtiges in sich, als die Hypothek in letzter Linie nicht den Sachkörper des Grundstück,[1]) sondern dessen Tauschwert der Herrschaft des Berechtigten unterwirft. „Doch ist sie kein reines Wertrecht, dessen Gegenstand lediglich der als besonderes Rechtsobjekt von der Sache abgeschiedene Wert wäre. Vielmehr ergreift sie die Sache selbst und beschränkt nur ihre Wirksamkeit auf ihre Eigenschaft der Verwertbarkeit."

Auch beschränkt sich die Hypothek nicht auf einen festbestimmten Wertteil des Grundstücks.[2]) Im Falle des Löschens einer vorgehenden Hypothek wäre dann ein Vorrücken der Nachhypotheken nicht möglich. Es müssten erst zwischen dem Eigentümer und sämtlichen Nachhypotheken neue Verträge über das Recht zum Aufrücken geschlossen werden. Das Nachrücken der Hypotheken tritt vielmehr kraft Gesetzes ein. Auch kann doch der Hypothekar das ganze Grundstück zur Zwangsvollstreckung bringen und nicht nur einen Wertteil.

Auf Oberneck's Theorie basieren verschiedene Schriftsteller, so Staudinger III, S. 495.

Auch Bruck unterscheidet sich nur darin von Oberneck, dass er in der Eigentümerhypothek die Wiedergewinnung eines ideellen Wertsteiles des Grundstücks sieht, um den der Wert des Grundstücks für den Eigentümer vermindert war.

1) So Gierke, S. 857.
2) So schon Kindel, a. a. O. S. 78.

Nach Bruck haftet dem späteren Hypothekengläubiger „nur der Überrest des Grundstücks, derjenige Teil, dessen Wert durch die vor ihm zu befriedigenden Belastungen noch nicht absorbiert ist". Dabei denkt er sich das Grundstück nicht in reelle, sondern in ideelle Teile zerlegt, indem es weiter als ein Objekt betrachtet wird (S. 135).

Abgesehen davon, dass aus Bruck's Erörterungen nicht mit Klarheit hervorgeht, ob er einen ideellen Grundstücksteil oder einen ideellen Wertsteil meint, liegt das Unrichtige der Bruck'schen Auffassung, wie bereits Hirsch[1]) klargelegt hat, darin, dass er das Grundstück in ideelle Teile zerlegen und diese als Objekte der Hypotheken betrachtet wissen will. Ideelle Teile von Sachen können aber nur dann Gegenstand von Rechten sein, wenn die Rechte selbst Teilrechte sind, die durch Zerlegung eines einheitlichen Rechtes in Teilrechte entstanden sind (vgl. hierzu § 741 ff. B. G. B. und Hirsch, a. a. O. S. 233).

Noch andere Schriftsteller haben in der Eigentümerhypothek eine Befugnis des Eigentümers erblickt, so Kindel, a. a. O. S. 75 ff., Goldschmidt,[2]) u. a.; inwieweit sie von der von uns vertretenen Ansicht differieren, wird sich am Schlusse unserer Betrachtungen ohne weiteres ersehen lassen.

§ 5. Die Ansichten Ihering's, Hirsch's und die eigene.

Von den in den letzten Jahren aufgetauchten Konstruktionsversuchen der Eigentümerhypothek ist der juristisch wohl interessanteste und bedeutendste der bereits mehrfach angedeutete von H. Hirsch.[3]) Er hat zum ersten Male in zweifelsfreier Weise die Ableitung der Befugnisse eines Hypothekengläubigers aus dem Eigentum dargelegt und auf dieser Grundlage die Befugnis des Eigentümerhypothekar's gefunden.

1) Hirsch, a. a. O. S. 233.
2) Goldschmidt im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 20, S. 23.
3) Im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. XXV, S. 222 ff.

Aber Hirsch ist mit seiner Konstruktion bei einigen Anwendungsfällen der Eigentümerhypothek zu weit gegangen.

Hirsch bestimmt die Eigentümerhypothek als die zu einem bestimmten Teil und Rang im Grundbuche verlautbarte Surrogationsbefugnis des Eigentümers. Mehrere Fälle der Eigentümerhypothek haben nach Hirsch aber nicht diesen vollen Inhalt, so auch die von uns erörterte Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes. Diese sei nur eine Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek als einer endgültigen und verwandele sich in eine endgültige, sobald feststehe, dass der Brief vom Eigentümer dem Berechtigten nicht übergeben werde.

Ein Vorläufer ähnlicher Ideen ist Ihering[1]) in seiner Arbeit „Passive Wirkungen der Rechte". Von ihm ist also der Ausgangspunkt zu nehmen.

Ihering sieht in jedem Rechte (ausser dem Persönlichkeitsrecht) ein Rechtsverhältnis mit einer aktiven und passiven Seite. Die rechtliche Stellung, die das Recht für den Berechtigten zur Folge hat, bezeichnet er als aktive Seite; die Wirkungen desselben als die aktiven Wirkungen; als passive Seite, dass das Recht die in den Rechtskreis aktiv oder passiv hineintretenden Personen oder Sachen ergreift (passive Wirkungen). Die passive Seite sei die korrespondierende zur aktiven. Die aktive Seite könne nie ohne die passive existieren; die passive Seite dagegen könne vorhanden sein, wenn auch die aktive Seite vorübergehend oder zur Zeit noch fehle, indem ihr hier die Aufgabe zufalle, den demnächstigen Eintritt des Subjekts in den unversehrten objektiven Bestand des Rechts zu ermöglichen und sicherzustellen. Den inneren Grund für dieses eigenartige Rechtsphänomen sieht er in dem Zweckbegriff des Rechts, es käme in ihm die über die Person des jeweiligen Trägers hinausgehende dauernde Bestimmung des Rechts zum Vorschein. Auch in der Eigentümerhypothek sieht Ihering einen solchen

1) Ihering's Jahrbücher, Bd. X, S. 387 ff.

Fall der passiven Gebundenheit einer Sache für einen Rechtszweck (hier die Sicherung des Gläubigers wegen einer Forderung).

Allerdings will Ihering nicht alle Eigentümerhypotheken unter diesem Gesichtspunkte betrachten, sondern nur die Hypothek, die als einzige eingetragen ist. In dem Falle, dass neben der Eigentümerhypothek noch andere Hypotheken stünden, liege nicht nur eine passive Gebundenheit in der Eigentümerhypothek vor, sondern es müsse hier das Recht als fortdauernd angenommen werden, weil hier mit der Möglichkeit und Notwendigkeit einer Klage gerechnet werden müsse. (S. 457.)

Dem ist entgegenzuhalten: Auch in dem Falle der Eigentümerhypothek als einziger Hypothek ist mit der Möglichkeit einer Klage von Seiten des Eigentümers, um diesen Ihering'schen Ausdruck für die Betätigung der aktiven Seite des Rechts beizubehalten, zu rechnen. Denn auch hier hat der Eigentümer eine aktive Befugnis:[1]) Er kann bei der Zwangsvollstreckung des Grundstücks z. B. durch einen Personalgläubiger einen Teil des Versteigerungserlöses liquidieren, der der Höhe seiner Eigentümerhypothek entspricht und er kann sein Recht, wenn es im Verteilungsverfahren keine Berücksichtigung findet, im Wege der Klage gemäss § 115 Z. V. G., §§ 876—882 Z. P. O. zur Geltung bringen.

Für das alte Recht hat Ihering ferner die passive Gebundenheit einer Sache als Vorstadium eines künftigen Rechtes bezeichnet und als Beispiel die Eintragung von Hypotheken auf den eigenen Namen angeführt. Auch hier entbehrt nach seiner Ansicht die Hypothek, solange der Eigentümer der alleinige Hypothekar ist, aller Bedeutung; denn sie verschaffe ihm nichts, was er nicht schon hätte.

---

1) So auch Hirsch, a. a. O.; Hirsch will dies aber nur für die Fälle der Eigentümerhypothek gelten lassen, wo die Hypothek des Gläubigers vom Eigentümer erworben worden ist, nicht dagegen die, wo das Recht des Eigentümers das Primäre ist.

Erst durch den Hinzutritt Dritter berechtigter Personen erhielte die Eintragung der Hypothek Interesse, der Hinzutritt eines Gläubigers durch Cession, von Nachhypotheken durch deren Bestellung löse erst die aktive Seite aus; vorher könne von einem Rechte nicht die Rede sein, weil es sich gegen den Eigentümer selbst kehren würde; gleichwohl sei der Keim eines Rechtes bereits gelegt.

Für das alte Recht wie auch auf unsere moderne Grundschuld des Eigentümers gemäss § 1196 B. G. B. angewandt, ist diesen Ideen Ihering's dasselbe zu entgegnen wie oben: Auch der Grundschuldgläubiger, der als einziger Realberechtigter eingetragen ist, hat durch die Liquidationsbefugnis ein aktives Recht; dies zeigt sich bei der Zwangsvollstreckung des Grundstücks z. B. durch einen Personalgläubiger des Eigentümers. Die Eigentümergrundschuld ist also auch hier mehr als eine passive Gebundenheit.

Wir kommen nunmehr zu der von Hirsch vertretenen Ansicht zurück. Hirsch sieht in den Fällen der Eigentümerhypothek, wo sie nicht durch Übergang des Rechtes vom Gläubiger auf den Eigentümer, sondern primär in der Person des Eigentümers entsteht, nämlich bei der Hypothek für künftige Forderung, insbesondere im Falle der Höchstbetraghypothek, und der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes eine „vorläufige Eigentümerhypothek", ein in der Entstehung begriffenes Recht, welches bereits vor der Vollendung seines gesetzlichen Tatbestandes Wirkungen äussert. Den Ausgangspunkt hat Hirsch von der Höchstbetraghypothek genommen. Die Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes will er ebenso wie jene behandelt wissen wegen der gleichen Gründe.

Nach Hirsch ist die Höchstbetraghypothek, soweit sie nicht valutiert ist, Eigentümerhypothek, jedoch ohne Liquidationsbefugnis;[1]) inhaltlich wäre sie nur eine Anwartschaft auf Erwerb der Eigentümerhypothek als einer endgültigen. Der Hypothekengläubiger habe ebenfalls eine Anwartschaft

1) Hirsch gebraucht den Ausdruck „Surrogationsbefugnis".

auf Erwerb der Hypothek zu vollem Recht. Einigung, Eintragung und Vorhandensein einer Forderung seien die 3 Strukturelemente, die zur Erzeugung einer Buchhypothek erforderlich sind. Solange eines davon, die Forderung, fehle, seien zwar die wichtigsten Voraussetzungen zur Entstehung eines dinglichen, begrenzten Rechtes am Grundstücke gegeben, aber der gesetzliche Tatbestand der Hypothek sei noch nicht vollendet. Hiergegen ist zu sagen: Die vorhandenen 2 Strukturelemente erzeugen, wie der klare Wortlaut des § 1163 Abs. I S. 1 zeigt, die Eigentümerhypothek. Diese ist zwar vom Standpunkt einer Hypothek betrachtet, ein noch nicht vollentwickeltes Recht; es ruht in ihr die Verwertungsbefugnis; denn es wird sich bei unseren folgenden Betrachtungen zeigen, dass nicht nur im Falle der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes, sondern in allen Fällen der Eigentümerhypothek diese Befugnis ruht. Als Eigentümerhypothek betrachtet, ist sie aber ein vollgültiges Recht, sie ist im wesentlichen die Liquidationsbefugnis in der von einem anderen betriebenen Zwangsvollstreckung. Auch andere Fälle der Eigentümerhypothek, z. B. die nach Erlöschen der Forderung haben doch nur 2 Strukturelemente. Dass hier das 3. Strukturelement schon vorhanden war und erst später weggefallen ist, macht keinen Unterschied. Warum soll daher dort die Eigentümerhypothek einen anderen Inhalt haben wie hier. Dass die Aneignungsbefugnis der Eigentümerhypothek im Falle der Höchstbetraghypothek fehle, zeige sich, nach Hirsch's Ansicht, wenn das belastete Grundstück zur Zwangsvollstreckung gelangt. Wenn der Höchsthypothekengläubiger bis zum Versteigerungstermin seine Geschäftsverbindung mit dem Eigentümer noch nicht abgebrochen habe oder noch nicht abbrechen wolle oder die endgültige Feststellung der Forderung bis zum Versteigerungstermin nicht erfolgen könne, so müsse der auf die Höchstbetraghypothek entfallende Betrag vom Versteigerungsrichter reserviert werden; welcher von beiden, der Eigentümer oder der Gläubiger, später ihn erhalten würde,

sei noch ungewiss, da das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis noch nicht endgültig geregelt sei. Deswegen soll keiner von beiden den auf die Höchstbetraghypothek entfallenden Betrag vorläufig bekommen, sondern der Eigentümer und der Gläubiger hätten jeder nur eine Anwartschaft darauf. Die Anwartschaft aber ergebe sich aus einer Analogie mit der Schwebezeit vor Eintritt der Suspensivbedingung (§ 160 I B. G. B.). Abgesehen davon, dass diese Parallele mit der Rechtslage bei der Bedingung eine nur äusserliche ist, worauf S. 50 zurückzukommen sein wird, ist auch das Resultat ein unbefriedigendes.

Die Ungewissheit, in welcher Höhe der Eigentümer, in welcher der Gläubiger bei der endgültigen Feststellung der Forderung die Hypothek liquidieren darf, veranlasst Hirsch, vorläufig überhaupt Niemandem das volle Recht zuzusprechen. Wer ist denn da bis zur endgültigen Feststellung der Forderung der eigentliche Inhaber des eingetragenen Rechtes? Es würde doch bis zu diesem Zeitpunkte das Subjekt fehlen. Es muss aber entweder der eine oder der andere, oder der eine bis zu dieser, der andere bis zu jener Höhe die Liquidationsbefugnis haben, denn sonst müssen die Liquidationsbefugnisse der Nachhypotheken aufrücken, da sie ja nicht auf eine bestimmte Quote des Erlöses festgelegt sind.[1]) Die beiden Anwartschaften können dies aber nicht verhindern.

Durch den Begriff der Anwartschaft wird die Rechtslage des Eigentümers nicht klarer; der Anwartschaft aber den stolzen Namen einer „vorläufigen Eigentümerhypothek“ beizulegen, halten wir nicht für angängig. Wir meinen vielmehr: Auch im Falle der Höchsthypothek steht dem Eigentümer, soweit die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, gemäss § 1163 Abs. I S. 1 in Verbindung mit § 1177 Abs. I eine Grundschuld zu, welcher durch § 1197 ein wesentlicher Teil ihres Inhalts, nämlich die Verwertungs-

1) Vgl. hierzu S. 18 und 42.

befugnis, genommen ist (wenigstens ruht diese), während ihr die Liquidationsbefugnis geblieben ist. Ein momentaner Zweifel über das jeweilige Subjekt ändert nichts am Kerninhalte der Hypothek. Mag sie sich in der Hand des Eigentümers oder des Gläubigers befinden und hier in anderer juristischer Beleuchtung zeigen wie dort (indem die eine Befugnis ruht), ihr Hauptinhalt bleibt die Liquidationsbefugnis. Diese kann ihr nicht genommen werden, auch nicht vorübergehend bis zur Feststellung der Forderung, und zwar nur wegen eines augenblicklichen Zweifels über die Höhe des dem einen oder dem anderen zustehenden Anteils am Verwertungserlöse.[1])

Der rechtliche Aufbau der Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes sei nun, wie Hirsch weiter folgert, der gleiche wie der der Höchstbetraghypothek und jeder anderen Hypothek für künftige Forderung. Der Grund der Entstehung der Eigentümerhypothek sei in beiden Fällen der gleiche: Vorhandensein der gleichen für die Begründung eines dinglichen Rechts wesentlichen Strukturelemente (Einigung und Eintragung) der in der Entstehung begriffenen Hypothek und Fehlen weiterer für die Entstehung des Gläubigerrechts wesentlicher Strukturelemente. Dass die Briefhypothek vor Übergabe des Briefes analog der Hypothek für eine künftige Forderung zu behandeln sei, ergebe schon die Gleichheit dieses Grundes. Der analogen Anwendung von § 161 B. G. B. standen Bedenken wohl auf keinen Fall entgegen. Denn auch die Einigung bei der Briefhypothek äussere infolge des eigenartigen Tatbestandes, den das Gesetz für ihre Entstehung fordere, Wirkungen genau wie

1) Dieser Schwebezustand muss vielmehr gerade vermieden werden. Denn im Zwangsvollstreckungsverfahren über das Grundstück ist gerade der Zeitpunkt gegeben, in welchem die endgültige Feststellung, ob und in welcher Höhe eine durch die Höchstbetraghypothek gesicherte Forderung besteht, getroffen werden muss. Mit ihrer Feststellung im Versteigerungstermin schliesst die Möglichkeit ab, dass neue unter die Höchstbetraghypothek fallende Forderungen zur Entstehung gelangen können. (Vgl. R. G. Bd. 51 S. 119, Bd. 55 S. 222.)

ein bedingtes Rechtsgeschäft. Erst wenn die Forderung vorhanden und der Brief übergeben ist, habe die Einigung nebst der Eintragung nach dem Willen des Gesetzgebers die Wirkung, dass die Hypothek für den Gläubiger begründet würde. Gerade wie der Eintritt der Bedingung auf Grund des Willens der Besteller der Hypothek bewirke, dass Einigung und Eintragung das zunächst bedingte Recht erzeugen.

Schon die Parallele zwischen Entstehen der Forderung im Falle der Höchstbetraghypothek und der Briefübergabe in unserem Falle ist bedenklich, da das Entstehen der Forderung ungewiss ist, nicht aber im selben Grade die Briefübergabe. Die Analogie mit der Bedingung kann man aber nicht gelten lassen. Die Bedingung ist ein ungewisser, zukünftiger Umstand, von dessen Eintritt oder Nichteintritt durch den Parteiwillen die Wirkung des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht ist. Ein solcher ist aber die Briefübergabe keineswegs. Man kann im Gegenteil sagen, die Briefübergabe ist etwas Gewisses, sie ist das durchaus Regelmässige, in 99 von 100 Fällen wird der Eigentümer dem Gläubiger den Brief übergeben. Wenn sich beide in einem Vertrage über die Bestellung der Hypothek geeinigt haben, dann ist die Briefübergabe für den Gläubiger sogar etwas ganz Gewisses, da sie von ihm gegen Darlehnshingabe gerichtlich erzwungen werden kann.

Ferner ist zu überlegen: Bei einer aufschiebend bedingten Hypothek entsteht nach herrschender Ansicht das dingliche Recht mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung. Während des bis dahin laufenden Schwebezustandes ist weder der bedingt Berechtigte berechtigt, noch ist eine Belastung des Grundstücks eingetreten; es kann der Eigentümer eine weitere Hypothek an derselben Stelle mit demselben Range eintragen lassen. Im Falle des Eintritts der Bedingung wird diese andere Hypothek allerdings insoweit unwirksam, als sie die aufschiebend bedingte Hypothek vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 161 B. G. B.). Hierin zeigt sich die Anwartschaft des bedingt Berechtigten. Bei

der Briefhypothek vor Übergabe des Briefes liegt es aber anders: Nicht ist hier bis zur Briefübergabe wie bei der bedingten Hypothek ein Nichts, ein Unbelastetsein des Grundstücks vorhanden; denn der Eigentümer ist nicht mehr in der Lage, an derselben Stelle mit demselben Range für eine andere Person eine Hypothek eintragen zu lassen; denn die eingetragene Hypothek steht, wie § 1163 Abs. II klar zeigt, ihm als dem Eigentümer zu; es ist bereits ein vollwirksames Recht vorhanden. Die Briefübergabe bringt nicht erst, wie der Eintritt der Suspensivbedingung, das Recht zur Entstehung, sondern sie vermittelt nur den Übergang des bereits entstandenen Rechts auf den Gläubiger.

Im übrigen gelten auch hier die S. 48 gemachten Erwägungen.

Schliesslich bedenke man: Es heisst die Worte des Gesetzes auf eine harte Probe stellen, wenn man sagt: Die Eigentümerhypothek ist weder eine Hypothek noch eine Grundschuld, sondern eine Befugnis des Eigentümers mit dem oben gefundenen Inhalt, ferner hat sie in dem konkreten Falle vor Übergabe des Briefes überhaupt keinen reellen Inhalt, sondern ist nur eine Anwartschaft. Eine solche Auslegung der Gesetzesbestimmungen bedeutet, den festen Grund und Boden des Gesetzes verlassen.

Wenn wir nun noch mit wenigen Worten auf die anderen bisher nicht näher erörterten Fälle der Eigentümerhypothek[1]) eingehen, so können wir für sie keinen anderen Inhalt finden als für die vor Übergabe des Briefes. Denn nicht nur in dem Falle der Eigentümerhypothek bei nicht entstandener Forderung und vor Briefübergabe finden wir ihren Inhalt durch Anwendung der §§ 1177, 1197, sondern auch in den Fällen, wo der Eigentümer die bisher dem Gläubiger zustehende Hypothek erwirbt. Nicht anders sind die Befugnisse des Eigentümers, wenn ihm auch die Forderung zusteht (§ 1177 Abs. II); denn auch hier bestimmen sich seine Rechte nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden

1) Vgl. ihre Zusammenstellung im § 1.

Vorschriften, also insbesondere § 1197; nur konnte sie hier das Gesetz nicht als Grundschuld bezeichnen, weil hier der Zusammenhang mit der Forderung vorhanden ist.

Wir können sonach den Inhalt einer Eigentümerhypothek, nicht nur der vor Übergabe des Briefes, dahin bestimmen:

Sie ist ein in der Form einer Grundkreditbelastung im Grundbuche verlautbartes Recht des Eigentümers, welches sich aus denselben Befugnissen wie eine Hypothek oder Grundschuld zusammensetzt, nämlich der Befugnis zur Verwertung des Grundstücks und zur Aneignung eines Teiles des Verwertungserlöses in bestimmter Höhe und mit bestimmtem Rang, mit dem Unterschiede jedoch, dass die Verwertungsbefugnis in der Hand des Eigentümers ruht, die Aneignungsbefugnis aber nur insoweit ruht, als sie sich auf Zinsen erstreckt, wovon aber wiederum eine Ausnahme gilt, wenn das Grundstück auf Antrag eines Anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

Aus allen unseren Erörterungen geht das eine unzweifelhaft hervor, dass die Eigentümerhypothek weder eine Hypothek noch eine Grundschuld sein kann, weil dem Eigentümer nicht die Ausübung der Verwertungsbefugnis zusteht, er sich als selbst kraft der Eigentümerhypothek aus dem Grundstücke nicht befriedigen kann, sondern nur in der von einem Anderen betriebenen Zwangsvollstreckung einen Teil seines in Geld umgesetzten Grundstücks ausgezahlt erhält; vielmehr ist sie ein Rechtsgebilde sui generis mit dem bereits gezeigten Unterschiede von der Hypothek oder Grundschuld.

Wenn dennoch das Gesetz kein Bedenken trägt, ein derartiges Recht als Grundschuld (§ 1177 Abs. I) oder als Hypothek (§ 1177 Abs. II) zu bezeichnen, so liegt es klar, dass dies lediglich eine gesetzestechnische Abkürzung ist: Die Vorschriften für die Grundschuld sollen auf die Eigen-

tümerhypothek angewandt werden; Abs. II von § 1177 bringt dies ja ebenfalls deutlich zum Ausdruck.[1])

Die Eigentümerhypothek ist auch ein Recht an der eigenen Sache. Denn sie bewahrt dem Eigentum gegenüber ihren selbständigen Bestand dadurch, dass sie gleichzeitig andere Rechte, die Nachhypotheken, beschränkt. Somit bedeutet sie eine Verstärkung der Eigentumsbefugnisse. In diesem Sinne ist aber ein Recht an der eigenen Sache wohl denkbar.[2]) Auch § 889 ist hiermit im Einklange; das Recht ist bestehen geblieben, erscheint aber durch das Ruhen der einen Befugnis in anderer juristischer Beleuchtung.

1) So auch Endemann, II, S. 737, Anm. 8, ferner Oberneck, in Gruchot Bd. 50, S. 255; vgl. auch oben S. 51.

2) Vgl. auch Endemann, II, S. 40; Predari, S. 134 u. a. m.

Lebenslauf.

Ich, Max Richard Schneider, bin geboren am 9. Juni 1883 in Halle a. S. als Sohn des Brauereidirektors Martin Schneider und seiner Ehefrau Ida, geb. Hempel. Ich bin wie meine Eltern evangelischer Religion. Nachdem ich meinen ersten Unterricht in der Vorschule des Stagtgymnasiums Halle erhalten hatte, besuchte ich letzteres Gymnasium und wurde Herbst 1901 mit dem Zeugnis der Reife entlassen. Das erste Semester studierte ich an der Universität Genf französische Sprache, dann diente ich vom 1. April 1902 bis 1. April 1903 als Einjährig-Freiwilliger bei dem 5. Thür. Infanterie-Rgt. Nr. 94 in Jena; weitere 4 Semester verbrachte ich an der Universität München, die letzten 3 an der Universität Halle und bestand am 15. Dezember 1906 mein Referendarexamen beim Kgl. Oberlandesgericht Naumburg a. S. Seit November 1907 bin ich beim Königl. Landgericht Halle beschäftigt. Die vorliegende Arbeit stammt zum Teil schon aus meinem Aufenthalt am Amtsgericht Schleusingen im Jahre 1907. Am 10. März 1908 bestand ich das examen rigorosum.

Während meiner Studienzeit in Halle besuchte ich die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Privatdozenten:

von Blume, von Brünneck, Finger, Fleischmann, Lastig, Litten, Loening, Rehme, Schwartz, Stammler, Stein.

Ihnen allen gilt mein Dank. Besonders aber danke ich Herrn Professor von Blume für die mir bei Anfertigung dieser Arbeit freundlichst gewährte Unterstützung.

Thesen.

I. Der eingetragene Hypothekengläubiger ist den Verfügungen des Eigentümers über die diesem bis zur Übergabe des Briefes zustehende Hypothek nicht schutzlos preisgegeben.

II. Die Eigentümerhypothek ist weder eine Hypothek noch eine Grundschuld, sondern ein Rechtsgebilde sui generis, und hat in allen Anwendungsfällen den gleichen Inhalt.

III. Wenn in einem Restaurant ein Herr ein Dutzend Austern für seine Begleiterin servieren lässt und die Dame in einer der Austern eine Perle findet, so gehört die Perle dem Herrn, der die Austern bestellt hat.

IV. Der Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihülfe ist ein objektiver; die Mittäterschaft bedeutet Teilnahme an der Ausführungshandlung, die Beihülfe Unterstützung bei der Ausführungshandlung.

V. Die in Art. 43 bis 49 Pr. V. U. gegebene Übersicht der Kronrechte ist eine unvollständige. Der König hat alle diejenigen Befugnisse behalten, welche ihm nicht ausdrücklich durch die Verfassung entzogen sind, während die Volksvertretung nur diejenigen Rechte erhalten hat, welche ihr in der Verfassung ausdrücklich übertragen sind.

VI. Es ist nicht zu billigen, dass das Strafgesetzbuch die Bestrafung Jugendlicher davon abhängig macht, dass sie die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Einsicht besitzen. An Stelle der erforderlichen Einsicht muss die geistige Reife als bestimmendes Moment gesetzt werden.